

O SENADO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

THE SENATE AND CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

SÉRGIO RESENDE DE BARROS

Secretário da Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto PIMENTA BUENO.

Mestre, doutor e livre-docente em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Graduação e da Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Um controle democrático. 3. A ausência do *stare decisis*. 4. Um instituto criativo. 5. Outros fatores. 6. Nítida divisão de competências. 7. A posição do senado. 8. Uma função discricionária. 9. A separação de poderes. 10. Um efeito somente *ex nunc*. 11. A possibilidade de retorno. 12. Otimização da ação declaratória de constitucionalidade. 13. A reversibilidade do definitivo. 14. As condições do retorno. 15. Conclusão. 16. Referências Bibliográficas.

RESUMO: Neste profícuo artigo, o autor discute a atualidade e a utilidade de uma das mais tradicionais funções do Senado Federal que é a suspensão da execução da norma constitucional, demonstrando que a reativação do instituto pode fortalecer o Direito Constitucional na luta pela garantia da Constituição nas Federações, cujo sistema jurídico seja de índole romanística.

PALAVRAS-CHAVE: Senado Federal, Controle de Constitucionalidade, Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade.

ABSTRACT: In this lengthy article, the author discusses the current status and usefulness of one of the most traditional functions of the Federal Senate, which is suspension of the execution of the constitutional norm, demonstrating that reactivating the institution can strengthen constitutional law in the struggle to uphold the constitution in federations whose legal systems stem from Roman law.

KEY WORDS: Federal Senate, Control of Constitutionality, Unconstitutionality, Declaratory Action of Constitutionality.

1. Introdução

O sistema de controle de constitucionalidade que o Brasil vem construindo no curso e no âmbito de sua República Federativa pode e deve ser dito *misto*, não porque nele meramente se justapõem, mas porque nele realmente se *misturam* dois sistemas alhures praticados isoladamente, o difuso (de origem norte-americana) e o concentrado (de origem austríaca), competendo um no outro, repercutindo a eficácia de um sobre a do outro, com mútuas e efetivas interações.

Entre ambos, completam-se os institutos, por formas *sui generis* de composição, as quais – na medida em que vão sendo acabadas – vêm produzindo um modo diferenciado de controlar, que o Brasil oferta à consideração do mundo ocidental. Tem razão Jorge Miranda: “O sistema brasileiro compreende um acervo de meios de garantia de constitucionalidade quase sem paralelo noutros sistemas”.¹ O que não significa que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade não esteja precisando de simplificação. Precisa mesmo. Tanto que já surgem propostas para descomplicá-lo, vale dizer, sistematizá-lo com maior rigor.²

Nesse sistema, ocupa lugar ímpar o Senado Federal.³ Sua intervenção é uma forma *sui generis*, que aproxima o sistema difuso do concentrado, no que diz respeito à eficácia da norma inconstitucional. Dando seqüência a uma prática anterior, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, atribuiu a esse órgão variadas funções específicas, previstas em sua maioria no artigo 52, mas revestidas – todas elas – por duas funções gerais e basilares: a de representação dos Estados-membros e a de moderação institucional. Somente nesse

quadro funcional de representação e moderação é que se pode compreender devidamente a função especial de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, posta como privativa do Senado Federal pelo inciso X do artigo 52 da Constituição de 1988.

Essa função já está envelhecida entre as que compõem a competência constitucional do Senado. Nela ingressou na terceira década do século passado, com a redação seguinte: “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (artigo 91, inciso IV, da Constituição de 1934). É um instituto tradicional, cuja prática já caiu no automatismo. Quiçá por isso, a doutrina o venha relegando a plano secundário, apesar de ser ele – a suspensão da execução da norma inconstitucional – uma das melhores contribuições do Brasil para fortalecer o direito constitucional na luta para garantir a Constituição, especialmente nas federações cujo sistema jurídico seja de índole romanística, integrando a família romano-germânica.⁴ Rever a atualidade e a utilidade desse instituto – contra a acomodação causada pela inércia que o atrofiou – é a finalidade do presente estudo, que visa a reativá-lo segundo uma compreensão e extensão que não lhe podem ser negadas.

2. Um controle democrático

A Constituição brasileira de 1891 delegou ao Supremo Tribunal Federal o poder de rever definitivamente as decisões das Justças estaduais, quando questionada a validade de leis federais ou estaduais ante a Constituição Federal. Assim, na federa-

ção brasileira, o “power of judicial review” não dependeu de atribuição jurisprudencial, não principiou “por força de uma assunção auto-referencial de competências por parte do Supremo Tribunal Federal”,⁵ a símile dos Estados Unidos, mas nasceu do próprio texto constitucional. Contudo, ao criar com esse perfil uma corte constitucional, na qual concentrou a *competência terminante* das questões de constitucionalidade, aquela Constituição também deixou clara a *competência difusa* por todo o restante Poder Judiciário de decidir sobre a constitucionalidade das leis, ainda que não terminantemente. Qualquer juiz da novel República poderia sentenciar a inconstitucionalidade. Esse poder, ainda que formidável, seria natural e inseparável de sua faculdade de livre convicção. O desígnio republicano, cujo alento democrático revolucionava o Brasil, impunha que nascesse como nasceu – da própria Constituição – uma *distribuição democrática* do poder judicial de controlar a constitucionalidade das leis na federação brasileira. Essa distribuição não conteve nenhuma reserva ou privilégio de competência, senão por efeito da hierarquização natural, que é congênita a todo poder, incluído o dos juízes.

3. A ausência do *stare decisis*

Constitui o *stare decisis* um princípio jurisprudencial, cujo enunciado integral é *stare decisis et non quieta movere*, traduzindo-se: *estar com as coisas decididas e não mover as quietas*. Significa que o juiz deve conformar-se com a jurisprudência das cortes superiores e, acima de tudo, respeitar a da corte suprema, não bulindo nas decisões que já estejam pacificadas. Quer dizer: no que está quieto não se mexe. Sob esse princípio jurisprudencial se paci-

fica ainda hoje, como sempre, a justiça constitucional nos Estados Unidos, dando estabilidade ao controle difuso, ainda que alguns juízes não se tenham acomodado ao rigor dos precedentes, como é o caso de Earl Warren, o qual “nunca se contentou em considerar-se um mero vigário da tradição do ‘common-law’”. Em vez disso, foi o paradigma de juiz ‘orientado para o resultado’, que *usou* seu poder para assegurar o resultado que julgava certo nos casos que vieram ante o seu Tribunal. Para alcançar o que considerava o resultado justo, este Juiz Presidente não foi barrado pelas exigências do ‘*stare decisis*’”.⁶

Não se ignora a ausência do *stare decisis* no Brasil. Ele é nativo e próprio de um direito de índole jurisprudencial, como o inglês e o norte-americano. Já um direito de origem romanística, como o do Brasil, não condiz espontaneamente com tal rigidez de jurisprudência, mesmo no topo constitucional. Eis um fator que tolheu o surgimento do *stare decisis* no constitucionalismo brasileiro.

4. Um instituto criativo

Tolhido o *stare decisis*, como obter a generalização imprescindível para dar estabilidade, segurança e economicidade ao controle difuso? Realmente, *a tacha de inconstitucionalidade não tinha consequências formais no direito constitucional brasileiro de 1891–1934*. Entretanto, embora sensível à necessidade de formalizar no direito positivo alguma consequência geral, “a Constituição de 1934 não ousou transformar o julgamento *in concreto*, no caso examinado pelos juízes, em julgamento definitivo, geral, da lei, nem, tampouco, em apreciação *in abstracto* e derriscante da lei. Isso, não obstante escritores norte-americanos falassem de veto judicial” (Allen Smith,

The spirit of American government, 95). Mas, a despeito dessa fala avançada, prevaleceu o fato de que *o sistema dos Estados Unidos da América e o do Brasil são os de simples julgamento*, in casu, *da inconstitucionalidade*. Por consequência, o art. 91, IV, da Constituição de 1934, reproduzido no texto de 1946 e no de 1967, criou algo *de novo* – uma suspensão de execução – que está mais distante do veto judicial e mais perto do veto tradicional, *muito embora só nos resultados, na eficácia*.⁷ O que significa um prudente comedimento, equacionado com a lógica do controle difuso.

Exatamente por seu perfil de moderação, a suspensão de execução instituída pelo sistema brasileiro é uma boa oferta do Brasil aos sistemas de controle de constitucionalidade, sobretudo onde a jurisprudência não chega a estabelecer um vínculo como o *stare decisis*.

5. Outros fatores

Não foi só a índole romanística que tolheu o *stare decisis* no Brasil. Também, aquela distribuição democrática do poder de controlar, promovida pela própria Constituição Federal, desde o início da república, contribuiu para inibir o despontar na federação brasileira de uma jurisprudência constitucional vinculante, similar à norte-americana. A essa inibição ainda se aliou outro fator: a necessidade de preservar a separação de poderes. No todo, um complexo de causas levou a afastar da corte constitucional brasileira não somente o *stare decisis*, mas qualquer outro meio de generalizar *erga omnes* a inconstitucionalidade verificada *inter partes*.

Poderia ter sido outorgada ao Supremo Tribunal Federal uma tal competência generalizadora, a qual em 1934 já não era estranha às cortes dotadas de suprema

jurisdição constitucional. De mais a mais, bastaria uma súmula efetivamente vinculante para assegurar a generalidade que traria aquelas condições de estabilidade, segurança e economicidade desejáveis para o controle de constitucionalidade brasileiro, então praticado apenas no modo difuso. Mas a missão de generalizar *erga omnes* as decisões havidas *inter partes* foi atribuída ao Senado Federal, por determinação da Constituição de 1934, influiu nessa atribuição a origem histórica e a posição institucional desse órgão, que o predestinam à temperança.

6. Nítida divisão de competências

Desde 1934, então, o Supremo Tribunal Federal é *senhor da constitucionalidade* e o Senado Federal é *senhor da generalidade*, no controle difuso brasileiro. Cuidar da generalidade é tarefa que foi subtraída ao Supremo para ser reservada ao Senado, que deve provê-la mediante a espécie normativa dita *resolução*. Essa repartição de competência no funcionamento do controle difuso está clara na Constituição brasileira. Convém sublinhar: ela se refere ao *controle difuso*, para cuja efetivação, no ordenamento atual, *ex vi* da conjunção do *caput* do artigo 102 com o inciso X do artigo 52, o Supremo decide da constitucionalidade e o Senado decide da generalidade. Já no controle concentrado, ambas – a constitucionalidade e a generalidade – estão nas mãos do Supremo, sendo necessariamente *erga omnes* o acórdão que decide as ações diretas. Dessa maneira, cada modo de controle conserva sua lógica, o que é imprescindível para que se misturem sem que se confundam, fazendo misto o sistema sem torná-lo confuso. Para prevenir confusão, deve a prática do sistema misto ser iluminada por uma teoria exata a respeito

de qual é a posição institucional do Senado Federal no concerto da federação, uma vez que ele não desce dessa posição – não se descaracteriza – na sua intervenção no controle da constitucionalidade.

7. A posição do senado

Paulino Jacques encontra “no Estado ateniense, no período áureo de Sólon (século VI a.C.), vestígios de ação *moderadora* do Senado, então, conhecido por *Boulé* ou *Gérousia*, ou Conselho dos 400, cujos membros eram escolhidos pela *sorte* – desígnio dos Deuses –, que afastava a influência maléfica das paixões humanas no processo eleitoral. Esse Senado, moderando a atividade legislativa da *Eclésia*, ou Assembléia Popular – então, o poder supremo de Atenas –, exercia o que, hoje, denominamos ‘poder moderador’. É o que se depreende das lições de G. Glotz’ (*La Cité Grecque*, Paris, 1953, p. 226 e ss.).⁸ No entanto, por depender de sorteio, esse Conselho ateniense, mesmo sendo um moderador, não era um senado, instituição de consulta, que teve por berço o patriciado da república romana, em cuja fase originária os senadores se escolhiam entre os patrícios, não por sorteio, mas em razão de sua idade, ou melhor, do patrimônio físico e moral acumulado ao longo da vida.

Na origem latina, o vocábulo *senado* – significando *assembléia dos velhos* – prende-se à raiz *sen*, também encontrada em palavras outras, todas afins, sempre indicando o avanço da idade e, no étimo primário, a sabedoria daí obtida. Exemplo expressivo é o nome do retórico e do filósofo, pai e filho, aos quais os romanos chamaram Sêneca.⁹ Ainda hoje freqüentam o direito político termos que portam essa raiz, a indicar mescla de conhecimento com idade, denotando que *o velho* – e não

apenas *nas sociedades tradicionais e estáticas*, como registra Bobbio, mas em todos os tempos e lugares – *sabe por experiência aquilo que os outros ainda não sabem*.¹⁰

Dessa maneira, desde sua procedência romana, o Senado tem uma função moderadora expressa na raiz do próprio nome e radicada na prudência de seus membros, fruto de sua vivência mais extensa e intensa. É um órgão de temperança, tanto nos estados unitários como nas federações.¹¹ Essa função inata não lhe pode ser negada, sobretudo nos atos de sua competência constitucional, como é o caso da generalização da inconstitucionalidade. Ora, não há moderação onde não há discrição, mas apenas vinculação. Senhor da generalidade, como dela cuidará o Senado, como fator de temperança, se não tiver para tanto a necessária discricionariedade?

Além disso, com a moderação, em federações como a norte-americana e a brasileira, o Senado acumula a representação dos Estados-membros. Esta é outra função que não lhe pode ser furtada. Sob pena de periclitar a concepção federativa que lhe dá forma. Tanto que, na Constituição dos Estados Unidos, a única cláusula que fixa restrição material permanente, similar às cláusulas ditas *pétreas*, é a que proíbe emenda constitucional que prive algum Estado-membro, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado.¹² A voz dos senadores é a voz dos Estados federados, e estes – mesmo sem atingir o grau de soberania – são dotados de autonomia constitucional. Ora, não há autonomia onde não há discrição, mas apenas vinculação. Senhor da generalidade, como dela cuidará o Senado, como órgão de representação de estados autônomos, se para tanto não tiver a devida discricionariedade?

Não há negar esta verdade evidente: a posição institucional do Senado Federal

não aceita uma competência estritamente vinculada como alguns intérpretes lhe querem discernir no poder de suspender *erga omnes* a execução da lei que o Supremo julgou inconstitucional no controle *inter partes*. O Senado não compadeceria uma vinculação assim rígida e total. É certo que a declaração de inconstitucionalidade provinda do Supremo o vincula. Porém, não como *causa*, mas apenas como *condição* de sua competência constitucional. Desta competência, obviamente, a causa é a Constituição.

Ensina a lógica que uma condição permite, mas não compele a causa a atuar. O exemplo clássico é o do “abrir a janela”. Dando esse exemplo, Goffredo Telles Júnior ensina: “Condição é a presença ou realização daquilo sem o que a causa eficiente não pode produzir o efeito para o qual está ordenada e com o que pode produzir esse efeito. É aquilo que permite ou faculta à causa eficiente produzir seu efeito”¹³. Ou seja: uma janela aberta pode ser condição que permita ao sol iluminar o interior de uma sala, mas não é a causa da iluminação. A causa é o sol, em razão de sua própria constituição, determinada por leis físicas. A janela aberta é condição, que impede ou permite a ação da causa. O ato de abrir a janela é condicionante, mas não é eficiente do ato de iluminar. A causa eficiente é o sol.

Similarmente, o ato do Supremo em relação ao ato do Senado. A inconstitucionalidade decidida por aquele é condição, mas não causa da resolução de generalidade a ser decidida por este. Esta causa está na própria constituição do Senado, nas normas constitucionais que o instituem, só que não por lei física, mas ordenado por uma lei ética, que o constitui dotado de vontade própria, quer dizer, apropriada ao exercício de suas funções de moderação e

representação na federação. Assim o quer a Constituição Federal. Querê-lo diferente é querer inconstitucionalmente.

Em síntese: a inconstitucionalidade decidida pelo Supremo é pressuposto condicionante, cuja existência *permite* (primeiro caso) ou cuja ausência *impede* (segundo caso) um efeito de generalização, causado pela resolução do Senado. No primeiro caso, a resolução do Senado – exatamente porque é permitida – não é imposta pela decisão do Supremo. Mas, no segundo caso, ausente originariamente ou retirado posteriormente o pressuposto de inconstitucionalidade, a condição se torna impeditiva da resolução do Senado, o qual não pode editá-la ou, se já a editou, deve revogá-la. Na ida – edição – há discricionariedade, mas no retorno – revogação – há vinculação. Como se estuda a seguir.

8. Uma função discricionária

É *necessariamente* discricionário o ato de inibir *erga omnes* a execução da lei havida por inconstitucional, seja esse ato praticado pelo Supremo Tribunal Federal, como ocorre no controle concentrado, seja pelo Senado Federal, como no controle difuso. Ao Senado não se podem negar suas funções de moderação e de representação, nem podem elas – essenciais que são, ainda que tenham por pressuposto indispensável uma inconstitucionalidade decidida externamente – ser exercidas sem a necessária discricção. Pelo que a competência de editar a resolução, prevista no inciso X do artigo 52 da Constituição de 88, constitui *poder discricionário* e não simples poder vinculado. Essa conclusão condiz com a própria essência do Senado. Não obstante, contra ela se opõem parte da doutrina e a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal.¹⁴

Cabe endereçar ao bom senso uma indagação: por que o Constituinte teria escolhido o Senado para tal função, se este nada pudesse acrescentar, senão um carimbo automático de generalidade? A resposta só pode ser: não foi vã a escolha. Foi para prover em nome dos Estados federados um contrapeso de moderação no âmbito da República Federativa. Foi para isso que a Constituição delegou ao Senado Federal e não à corte constitucional a função de suspender em todo o território nacional a execução da lei tida por inconstitucional no epílogo do controle difuso. O Constituinte deu ao Senado um descortino federal e nacional, no âmbito da República, o qual só pode ser discricionário, sob pena de não ser descortino.

Atendendo assim à própria natureza institucional do Senado, a Constituição fez dele o senhor da generalidade e não mero servo da corte constitucional, embora dela dependa de certo modo. Mas, mesmo que a corte tenha por definitiva a inconstitucionalidade, estando a negar aplicação à lei em casos *inter partes*, e por isso peça a ampliação *erga omnes*, o Senado não está obrigado a generalizar, pois – no exercício de sua função moderadora, em nome dos Estados-membros – pode muito bem achar oportuno e conveniente que a inconstitucionalidade continue a ser decretada *inter partes*.

Com isso, o Senado não estará convalidando uma inconstitucionalidade. Estará apenas entendendo que ela deva ser, ainda, mantida no âmbito particular dos casos concretos. O Senado não entra no mérito da inconstitucionalidade. Não a reaprecia. Não invade competência alheia. Não desdiz a inconstitucionalidade dita pela corte constitucional. Não a rejeita. Não faz um novo juízo sobre a inconstitucionalidade. Apenas, entende não ser oportuno e conveniente estendê-la *erga omnes personas*¹⁵

alcançadas pela soberania do Estado. Nada mais. Esse poder discricionário não lhe pode ser negado. Obviamente, o exercício dessa competência política não implica aceitação da lei inconstitucional, não significa rejeitar a decisão do Supremo. Apenas constitui uma limitação política do âmbito e do modo de aplicação da inconstitucionalidade. Nada mais, além disso.

Lúcio Bittencourt é elogiável pelo pioneirismo. Avançou boas contribuições para a doutrina do controle de constitucionalidade no Brasil, mas precipitou um entendimento, que muitos seguiram, em detrimento da competência constitucional do Senado. Ainda no tempo da Constituição de 1946, opinou ele que “o ato do Senado não é optativo e que o objetivo do art. 64 da Constituição é apenas *tornar pública* a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”¹⁶. Além de parte da doutrina, tribunais diversos adotaram essa opinião, até em sua literalidade.¹⁷ Mas nela se esquece que a decisão de qualquer tribunal – mormente do Supremo Tribunal Federal – já é pública de per si, por sua própria natureza. O cordel de adesões continua, ainda hoje, tolhendo um poder do Senado, que é optativo, sim, no que tange à generalidade. Com isso se atrofia indevidamente o sistema brasileiro de controle da constitucionalidade. É chegada a hora de sanar essa atrofia.

9. A separação de poderes

Essa intervenção do Senado é um meio jurídico-político de atender à teoria da separação de poderes. Na prática, suspender a execução é como que revogar o executável enquanto ele estiver suspenso. Deve-se frisar: é como que, mas não é exatamente o mesmo. Nem, muito menos, é revogá-lo irreversivelmente. Na teoria, a concepção

dessa intervenção atendeu àquele princípio de separação imposto fortemente pelo Estado liberal, entre cujos corolários está o de que só uma lei pode revogar outra lei. Esse princípio tem de ser mantido no sistema difuso, pois é parte de sua lógica.¹⁸ Exatamente para manter essa lógica é que se teoriza que o Senado subtrai executoriedade à lei, mas não a revoga. Logicamente preso ao rigor da separação de poderes, o ato de suspender *erga omnes* a execução, embora esteja próximo, não é idêntico ao ato de revogação da lei, pois só a lei pode revogar a lei. Mas, mesmo admitindo isso, há quem entenda que o princípio da separação de poderes é mantido tão-só pelo fato de ser o Senado um órgão legislativo, não saindo assim do recinto do Poder Legislativo a decisão que esteriliza a lei. Contudo, examinando melhor, vê-se que esse princípio, embora assim se considere mantido, realmente é preservado pelo fato de o Senado não revogar a lei posta pelo Poder Legislativo, mas apenas lhe subtrair a possibilidade de execução. A lei elaborada pelo Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República continua presente no ordenamento jurídico, não sendo possível ao Senado, por si só, já que é apenas uma das câmaras do Congresso Nacional, revogá-la. Daí que peca contra essa lógica Othon Sídou, quando – após afirmar que “o mandado de segurança pode e deve ser concedido contra o efeito atuante da lei inconstitucional – acrescenta: A revogação é que representa o ataque à lei em si, e por isso é tarefa do Poder Legislativo, o Senado, seu corpo mais qualificado”.¹⁹ Em suma, a resolução do Senado não desconstitui a lei.

10. Um efeito somente *ex nunc*

O Senado não atua como legislador negativo, revogando ou desconstituindo a

lei. Apenas a desativa: suspende-lhe a eficácia. É o que consoa com a lógica do controle difuso, cuja prática deve atendê-la sempre, mesmo se tratando de um sistema misto. Sob pena de o difuso se tornar confuso. Por isso mesmo, a resolução do Senado *somente* pode ter efeito *ex nunc*. Não pode ter efeito *ex tunc*, nem *pro futuro*. Sua intervenção constitui uma intersecção do sistema difuso com o concentrado, que os aproxima entre si. Mas não os assimila, nem os identifica, nem muito menos os confunde, um com o outro. Pelo que, de um lado, essa intersecção não tem o efeito *ex tunc* próprio do sistema difuso, porque não está julgando um caso concreto, e, de outro lado, porque não está julgando a lei em si, não tem possibilidade de modular no tempo – *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro* – a eficácia da decisão de inconstitucionalidade vinda do Supremo, ao qual o Senado não substitui. O Senado não é órgão de jurisdição constitucional.

Modular a eficácia no tempo é próprio do legislador negativo, função estranha ao Senado e ao sistema difuso. O Senado não é tribunal constitucional. Legislador negativo é a corte que atua como tribunal constitucional, segundo a lógica do sistema concentrado, decidindo ações diretas sobre a lei em si. Exatamente porque apreciam a lei assim, nessa condição objetiva (tomando-a em si mesma) e nessa condição subjetiva (agindo como legislador negativo), é que as cortes constitucionais – ao negarem a constitucionalidade de uma lei *erga omnes subditos* do Estado – têm de modular essa negação no tempo e no espaço, dizendo quando e onde ela entra vigor, tal como faz o legislador positivo, ao pôr a lei. A corte constitucional pratica um ato desconstitutivo, não igual, mas similar ao constitutivo. Assim como o legislador positivo pôde modular o efeito constitutivo da lei, logicamente o legislador negativo

poderá modular o efeito desconstitutivo. Mas essa lógica somente assiste o sistema concentrado, tomado em sua pureza e inteireza. Não assiste o sistema difuso, nem a intersecção do difuso com o concentrado, feita mediante a intervenção Senado.

Outrossim, a intervenção do Senado, embora complemente o sistema difuso, não consiste no julgamento de nenhum caso concreto, em que a decisão, se não recuar *ex tunc*, pode prejudicar uma parte em benefício da outra. Ao contrário, o ato do Senado é *erga omnes* e, por isso mesmo, se recuar ao passado, atingirá outras partes, cujos direitos e obrigações não foram questionados nos casos concretos, ao fim dos quais o Supremo solicitou ao Senado a suspensão da lei. Esse recuar ao passado provocaria uma sublevação automática e imediata das relações jurídicas que estavam pacíficas, causando uma guerra generalizada entre incontáveis partes. O que, além de injusto para os atingidos, seria inconveniente para a paz social, escopo maior da administração da Justiça pelo Estado.

Por esses, entre outros motivos, a ampliação *erga omnes* resolvida pelo Senado só pode ser *ex nunc*, a partir da publicação da resolução. Reforça Ada Pellegrini que neste caso a decisão judicial *não se reveste da autoridade da coisa julgada*, de modo que, se sobrevier a suspensão da execução da lei, “sua ineficácia, decorrente exclusivamente da resolução do Senado, terá efeitos *ex nunc*, se bem que devam ser ressalvadas as posições que sustentam que a ineficácia, mesmo nesse caso, seria *ex tunc*”.²⁰

Tem razão a ressalva de posições contrárias. Além dos Ministros Soares Munhoz, Djaci Falcão, Décio Miranda, citados em rodapé à ressalva, também na doutrina existem abalizadas opiniões contrárias. Gilmar Ferreira Mendes afirma: “A suspensão constitui ato político que retira a lei do

ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos”.²¹ No entanto, pela lógica do sistema difuso, no qual foi concebida e adotada, a resolução senatorial – além de não retirar a lei do ordenamento de forma definitiva, pois a lei persiste e a suspensão incide apenas sobre sua eficácia, que pode até ser restaurada, como aqui demonstrado – exatamente por isso e, mais ainda, por ser ato meramente político e não jurisdicional, não pode ter efeitos retroativos.

Lênio Luiz Streck, discordando expressamente de Gilmar Ferreira Mendes e perfilhando a opinião de Alexandre de Moraes, crê “discutível que os efeitos da decisão suspensiva do Senado possam ter efeitos *ex tunc* e conclui que a razão está com aqueles que, como Alexandre de Moraes, sustentam os efeitos *ex nunc* da decisão suspensiva do Senado”.²²

A questão deve ser resolvida. O efeito *ex nunc* é a única tese que a resolverá adequadamente, como o presente estudo demonstra. Ainda mais, porque a atribuição de efeito necessariamente *ex tunc* à resolução do Senado não passa de ser uma das amarras do nó górdio com que o Brasil atou o sistema concentrado ao difuso, inclusive neste ponto de intersecção entre os dois.²³ Essa amarra tem de ser desfeita, urgentemente, a bem da inteireza e correção do sistema misto que o direito constitucional brasileiro vem construindo.

11. A possibilidade de retorno

No arremate de tais raciocínios, cumpre – até imperiosamente – perguntar: se conforme a lógica do controle difuso a lei não é revogada, mas remanesce existente, pode ela ser restaurada em sua executoriedade, uma vez que ela subsiste à resolução do Senado?

Exatamente porque a lei continua existindo e sua suspensão teve efeito meramente prospectivo, e não retrospectivo e cabal, é que o retorno – a restauração da executoriedade – é realmente possível na hipótese do inciso X do artigo 52 do Constituição. Esta não o veda. Na hipótese, a lei continua existindo para todas as pessoas (*erga omnes personas*) e, especialmente, para ambos os órgãos envolvidos no controle, tanto para o Supremo quanto para o Senado, de modo que estes têm o dever de restaurar-lhe a execução, quando for o caso; e o caso pode ser até freqüente, pois é bem possível e provável a proliferação de casos dessa restauração. Por exemplo, o que impede propor ação declaratória de constitucionalidade para reativar uma lei desativada pelo Senado, se sobrevierem razões de direito ou de fato que, inequivocamente, mostrem haver erro na declaração de inconstitucionalidade?

Gilmar Ferreira Mendes, firme na doutrina alemã, compôs com duas ressalvas relevantes a tese de ser inadmissível reapreciar inconstitucionalidade de lei já assim declarada. Deixou “ressalvadas as hipóteses de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”.²⁴ Realmente, são possíveis casos – e muitos – que preenchem essas hipóteses.

Ada Pellegrini Grinover, em recente livro, aponta para alguns. No campo tributário, “tem acontecido de o Supremo Tribunal Federal, pela via do Recurso Extraordinário, declarar, *incidenter tantum*, a constitucionalidade do tributo, em casos concretos distintos daqueles em que se deu a coisa julgada favorável ao contribuinte”. Continua: “Outra hipótese também tem ocorrido: após a coisa julgada, acobertando sentenças que afirmaram a inconstitucionalidade do tributo, o Supremo declarou sua constitucionalidade, pela ação declaratória

introduzida no ordenamento brasileiro pela Emenda n. 3, de 17 de março de 1993.”²⁵ Esses apontamentos mostram que são possíveis casos – máxime, decorrentes do emprego da ação declaratória de constitucionalidade – em que o restabelecimento da executoriedade se imponha após editada a resolução do Senado.

Paulo Brossard relata um caso concreto que comprova a necessidade ou, no mínimo, a conveniência de restaurar a executoriedade, ainda que ele não sustente essa possibilidade.

“Certa feita, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou inconstitucional o art. 160 da Constituição estadual de 1947... e, no mesmo sentido, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal (RE n. 22.241). Em função desse acórdão, o Senado suspendeu a execução do artigo mencionado, Resolução n. 48, de 14 de setembro de 1961. Não passou muito tempo, contudo, e o Tribunal sul-rio-grandense, aprofundando a sua análise, a partir de voto vencido, pôde verificar que o preceito fulminado, e já então suspenso, seria ‘válido, subsistente, se endereçado aos delitos de responsabilidade de cunho político’, quer dizer, aos crimes que não são crimes. (...) Não tivesse havido a suspensão da norma referida e o Tribunal do Rio Grande do Sul, longe de concluir pela inconstitucionalidade do art. 160, teria lhe dado a exata exegese e a correta aplicação, circunscrevendo-o aos ‘crimes de responsabilidade’ que não são ilícitos penais”.²⁶

A restauração da executoriedade pode ser necessária – não apenas porque o Tribunal não deu à lei a exata exegese e a correta aplicação – mas até porque cometeu mero descuido procedimental. *Errare humanum est*. Mas somente o Tribunal pode e deve rever decisões suas que apresentem quaisquer falhas, até vícios

formais. O Senado não pode corrigir os atos do Supremo. Andou certo Paulo Brosard, quando – indo em contrário ao Ministro Pedro Chaves e à doutrina de Celso Bastos – negou aos senadores tal poder de inspeção formal, por ocasião da resolução suspensiva, “até mesmo porque o Senado não é fiscal da Corte Suprema, nem tem por ofício cuidar da observância das regras de julgamento. Às partes, não ao Senado, é reservada essa vigilância”.²⁷ Mas porque a vigilância das partes e a do próprio Tribunal podem resultar na reconsideração da decisão definitiva de inconstitucionalidade, mesmo após editada a resolução do Senado, é que não se pode negar a possibilidade de revogar essa resolução.

Pontes de Miranda, para escapar à hipótese de suspensão da suspensão, usa de um volteio formal. “Se o Senado Federal suspende a execução da lei ou ato, deliberação ou regulamento, e o Poder Judiciário volve a considerá-lo constitucional... *quid juris?* Ao que responde: suspensa a lei, não mais pode o Supremo Tribunal Federal, ou qualquer tribunal, ou juízo, *aplicá-la*.” Mas logo vem o volteio que, infirmando a resposta, confirma a possibilidade de voltar a lei – na forma de “outra” lei – a ser aplicada. “Se nova lei se faz e o Supremo Tribunal Federal não na tem como contrária à Constituição, é essa lei – e não a outra, a que sofreu a suspensão – que se aplica.” Cabe ponderar: em vez de fazer “outra” lei, não é mais lógico revogar a suspensão de execução da lei? Pontes responde, sem esconder a vacilação que o assaltou. “Não há suspensão de suspensão, se bem que, ao primeiro exame, nos tivesse parecido admissível a volta atrás do Supremo Tribunal Federal e do Senado Federal.” Mas, por que não há suspensão da suspensão? Quem ou o que impede a volta atrás? Por que apelar para um volteio formal, que não passa de subterfúgio inútil? Não foi sem razão sua

vacilação. Tanto, que no fim ele não escapou de admitir que – mesmo após suspensa a execução – pode a lei volver à aplicação, ainda que na forma de “outra” lei. O que não deixa de ser mero formalismo.

Bem mais recentemente, André Ramos Tavares. Ainda que entenda que “perderá interesse qualquer pronunciamento posterior do Senado sobre questão já decidida em controle concentrado pelo Supremo Tribunal”, admite a confluência do controle difuso com o concentrado. “Se é certo que o Senado Federal só suspende os atos normativos declarados inconstitucionais em controle difuso pelo Supremo Tribunal, não é menos certo que este pode ser instado, por qualquer dos legitimados ativos, a se pronunciar em controle abstrato sobre o mesmo ato normativo que está sendo objeto de recurso extraordinário ou que o será”.²⁸ Ora, confluindo assim os dois tipos de controle, pode daí resultar – possibilidade não afastada pelo autor – que uma decisão do Supremo no controle concentrado sobrepuje o já decidido pelo mesmo Tribunal no controle difuso, a respeito do mesmo ato normativo, implicando a necessidade de revogar a resolução do Senado. Essa revogação será um *pronunciamento posterior do Senado sobre questão já decidida em controle concentrado pelo Supremo Tribunal*. Mas não *perderá interesse*. Ao invés, terá grande valor. Pois, se não for editada, a execução continuará suspensa e, se o Supremo aplicar ou permitir aplicar a lei, estará cometendo inconstitucionalidade ou, no mínimo, descumprindo um preceito fundamental decorrente da Constituição.²⁹

12. Otimização da ação declaratória de constitucionalidade

Particularmente interessante, sem dúvida alguma, é a hipótese de sobrevir à reso-

lução do Senado uma ação declaratória de constitucionalidade, buscando a reconsideração da inconstitucionalidade, com base em inéditos que – antes não prezados – agora justifiquem ou até exijam a reversão do decidido. Por que não admitir essa hipótese? Podem sobrevir significativas mudanças das circunstâncias fáticas ou relevantes alterações das concepções jurídicas dominantes que imponham tal reversão.

Gilmar Ferreira Mendes considera “plenamente legítimo que se argua, perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de norma anteriormente declarada constitucional em ação direta de constitucionalidade”.³⁰ A contrário senso, necessariamente, também é legítima a proposição da ação declaratória de constitucionalidade para argüir a constitucionalidade de uma norma já anteriormente declarada inconstitucional. Não turva essa legitimidade o fato de já ter sido essa norma objeto de resolução suspensiva, pois nesta, como em qualquer hipótese, é rigorosamente lógico e ético o dever de reverter uma inconstitucionalidade que se verificou ser insustentável, uma vez que a norma constitucional tem de vigor plenamente, sob pena de se estar fraudando a concepção e abalando o alicerce do Estado de Direito.

Esse emprego daria especial utilidade à ação declaratória de constitucionalidade, cuja valia causou tanta polêmica, quando de sua criação pela Emenda 3, de 1993. Nada impede – mas tudo aconselha e até impõe – que, diante de mutações históricas supervenientes ou de argumentos ainda não ouvidos, um dos legitimados pelo § 4.º do artigo 103 da Constituição Federal proponha a ação declaratória de constitucionalidade de uma lei, mesmo após haver o Senado tolhido sua execução.

Com isso se tornará a ação declaratória de constitucionalidade um dos institutos

mais proveitosos dentre os que têm sido criados pelo constitucionalismo brasileiro. Insista-se: nada o impede. Apenas, anote-se: no final, se o Supremo reverter a inconstitucionalidade, a decisão da ação terá *eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo*, como prescreve a Constituição Federal, no artigo 102, § 2.º, o que fará não só conveniente e adequada, mas indispensável e obrigatória a edição pelo Senado de uma resolução revogando a anterior, sob pena de incidir ele em *inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional*, tal como prevê a mesma Constituição no artigo 103, § 2.º.

13. A reversibilidade do definitivo

Atualmente, o inciso X do artigo 52 da Constituição refere que o Senado atenderá a *decisão definitiva* do Supremo. Na Constituição de 1934, não havia essa condição. Surgiu no artigo 64 da Constituição de 1946. Permaneceu no artigo 45, inciso IV, da Constituição de 1967. Repetiu-se no artigo 42, inciso VII, da Emenda Constitucional 1 de 1969. Subsiste na Constituição de 1988. O que leva a indagar se tal decisão definitiva não implica estar o Supremo fechando as portas atrás de si, tornando impossível o regresso. A resposta é: o termo *definitivo* aí significa *conclusivo* e, como lembra Ada Pellegrini Grinover, aponta para a conclusão de uma série de decisões próprias do controle difuso. Apenas isso. Ao que se deve acrescentar: não significa *irreversível*, mas tão-só que algo está definido nas presentes condições históricas. Até mesmo porque a decisão definitiva pode padecer de algum vício formal que obrigue o Tribunal a revertê-la, mesmo depois de estar em vigor a resolução do Senado, como acima já se aventou.

Sabidamente, o direito contratual tempera o princípio *pacta sunt servanda* com a condição *rebus sic stantibus*. Igual sabedoria não pode faltar ao direito constitucional. Ainda mais, por ser ele o mais político dos direitos. Não se pretende, para as condições jurídico-políticas que arrimam a decisão de inconstitucionalidade, uma mutabilidade como a das nuvens no céu. Aliomar Baleeiro, Ministro do Supremo, atestou como extrema a vacilação do Tribunal a que pertencia, no qual *encontramos, às vezes, num espaço pequeno de tempo, decisões declarando que tal lei é inconstitucional, e outras, que é constitucional, acerca de vários problemas*. Ao reconhecer ao Senado o “discrecionalismo político de suspender ou não, chegou a admitir que este passe a resolução numa tarde e, nessa mesma tarde, resolva o Supremo que aquela lei, que era inconstitucional, seja constitucional... Afirmou que isso pode acontecer”³¹. Mas não é preciso ir a tais extremos para afirmar o que seria insensatez negar: as condições de definição da jurisprudência são mutáveis no espaço e no tempo da história. Em suma, o definitivo é relativo. Relatividade não é instabilidade. Ao contrário, o definitivo se torna absoluto, assim como o absoluto se torna absurdo, quando subsiste além da relação que o definiu, podendo causar instabilidade. Prudentemente, mudadas as condições da definição, o definitivo deve ser mudado, conseqüentemente.

Já há muito tempo Kelsen firmou a perene reversibilidade das decisões sobre constitucionalidade. Em sua obra sobre a justiça constitucional, reafirmou o dito pela Suprema Corte norte-americana em 1873, no caso *Morgan County*. A saber: “as questões constitucionais são sempre abertas a novo exame”.³² Tais questões são sempre abertas, por serem sempre de natureza política, porque tocam na expressão da

vontade geral em si mesma considerada (controle abstrato) ou em sua correlação com as vontades particulares (controle concreto).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho reconhece esse teor político. Certamente é o seu entendimento de que o controle de constitucionalidade ora é *político*-jurídico, ora é *jurídico*-político, que o leva a reconhecer que as leis inconstitucionais “aditem que, excepcionalmente, por razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social, sejam restringidos os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, ou fixado o momento em que esse reconhecimento passará ou passou a ter efeitos”.³³ Muitos outros pensam de modo igual ou similar. Ninguém mais duvida da politicidade do controle de constitucionalidade em qualquer dos seus tipos ou modos.

De tais premissas – são sempre políticas e reexamináveis as questões constitucionais – resulta certa uma conclusão: pode ocorrer a necessidade político-jurídica ou jurídico-política de revogar a resolução do Senado e reverter a inexecutoriedade, restaurando a plena eficácia da lei, não devendo a locução *decisão definitiva*, no inciso X do artigo 52 da Constituição, ser tida como sinônimo de decisão irreversível, pois essa interpretação não está conforme com a Constituição, na medida em que implica a possibilidade de negar eficácia a uma lei constitucional.

14. As condições do retorno

Um tal retorno pode até parecer absurdo, uma vez que a prática nunca o exercitou e a doutrina não o meditou, a não ser rapidamente, com ânimo negativo, como Alexandre de Moraes,³⁴ citando Celso de Mello³⁵ e alguma jurisprudência do Supremo.³⁶ Mas é preciso repensar essa negativa,

pois, em vez de absurdo, o retorno da lei à eficácia é rigorosamente lógico em sua coerência com o sistema difuso, seja este considerado em si mesmo, seja em sua intersecção com o sistema concentrado, permitindo colher bons frutos de uma intervenção do Senado que constitui um verdadeiro *check and balance*, engenhosamente criado pelo constitucionalismo brasileiro. Por força da natural congruência entre os atos jurídicos, exceto se houver expressa proibição legal, resulta que, do mesmo modo que se pode retirar, também se pode restaurar um poder ou uma condição de poder. Este é um princípio de coerência do sistema. Assim, o vigor da lei se restabelece nas mesmas condições em que foi retirado. No *stare decisis*, a jurisprudência pode por si mesma reavivar a executoriedade que amortecera. Similarmente, na hipótese do inc. X do art. 52 da Constituição brasileira, a resolução do Senado pode pôr ou tirar o efeito *erga omnes*. Absurdo seria negar ao Senado o poder de revogar uma resolução sua.

Em ambos os sentidos, seja para pôr, seja para tirar a eficácia geral, o trâmite é complexo: compete ao Supremo julgar da inconstitucionalidade e ao Senado, cuidar da generalidade. Com uma diferença significativa: se, para editar a resolução, a competência do Senado é discricionária, como visto acima, para revogá-la sua competência é *vinculada*. Pois, se o Supremo reconsiderar a inconstitucionalidade e, mesmo assim, o Senado mantiver a resolução, aí estará este impedindo a aplicação de uma lei constitucional e, com isso, tolhendo a competência do Judiciário (ou melhor, do Supremo Tribunal Federal) e do Legislativo (ou melhor, do Congresso Nacional), uma vez que a lei, sendo considerada constitucional, tem de ter vigência plena e ser plenamente aplicável. O retorno

não só é possível, mas necessário e vinculado, e não há por que negá-lo.

15. Conclusão

O enlaçamento do sistema concentrado com o difuso é algo de peculiar ao modelo de controle de constitucionalidade ora em desenvolvimento no Brasil. Esse enlaçamento principiou por ampliar *erga omnes ex nunc* a inconstitucionalidade decidida *inter partes ex tunc*, como o fim de prover o controle difuso de condições de estabilidade, segurança e economicidade, muito semelhantes, embora não iguais, às do controle concentrado. A resolução do Senado Federal, prevista no inciso X do artigo 52 da Constituição de 1988, é discricionária no que respeita à generalidade que estabelece. Porém, se o Supremo Tribunal Federal reverter a inconstitucionalidade que a condiciona, o Senado pode e deve, vinculadamente, revogá-la, de modo que, por isso mesmo, ela só pode ter efeito *ex nunc*, a fim de não viger aquém ou além do período em que perdurar o seu pressuposto: a decisão de inconstitucionalidade. Assim bem compreendida, na intersecção entre os sistemas difuso e concentrado, essa intervenção do Senado brasileiro, em vez de ser uma função exígua, torna-se fértil pela possibilidade que abre de freios e contrapesos entre os Poderes do Estado, em prol da correta prática do Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil, consolidando um instituto de controle que poderá até mesmo ser utilizado por outros Estados, cujo direito seja de índole romanística, sobretudo federações.

Essa conclusão maximiza o valor e o uso dos muitos meios de ação que enriquecem o controle de constitucionalidade no Brasil, justificando sua natureza e sua funcionalidade mistas.

16. Referências bibliográficas

- ALENCAR, Ana Valderes Ayres Neves de. O Senado na estrutura constitucional brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50.
- BARROS, Sérgio Resende de. Controle de constitucionalidade: proposta de simplificação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 54, dez. 2000.
- . O nó górdio do sistema misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Coord.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. 1. ed. 1.^a tiragem. São Paulo: Atlas, 2001.
- . Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: de senectute e outros escritos autobiográficos*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50.
- DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (derecho comparado)*. Tradução da 2.^a edição francesa por Pedro Bravo Gala. Madri: Aguilar, 1969.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- JACQUES, Paulino. O Senado como poder moderador. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- . *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: garantia da Constituição e controle da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. t. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1995.
- SIDOU, J. M. Othon. “Habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular – As garantias ativas dos direitos coletivos. 5. ed. 2.^a tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. 2 t.
- TORRINHA, Francisco. *Dicionário latino-português*. 7. ed. 5.^a tiragem. Porto: Gráficos Reunidos, 1998.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

NOTAS

1. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 531.
2. Tenho desenvolvido sugestões ordenadas nesse sentido. Cf. BARROS, Sérgio Resende de. Controle de constitucionalidade: proposta de simplificação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 54, p. 21-43, dez. 2000. Cf. tb. BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 593-617. Mas é bom frisar: de qualquer maneira que se faça, a simplificação do controle de constitucionalidade no Brasil há de passar pelo desate do nó górdio que no sistema brasileiro jungiu indevidamente o controle concentrado ao difuso, aplicando àquele um princípio deste, consistente no *efeito meramente declaratório e necessariamente ex tunc* (cf. BARROS, Sérgio Resende de. O nó górdio do sistema misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Coord.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*. 1. ed. 1.^a tiragem. São Paulo: Atlas, 2001. p. 180 e ss.).
3. Uma boa resenha histórica, de caráter geral, acerca da evolução do Senado no constitucionalismo brasileiro, pode ser encontrada em: ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. O Senado na estrutura constitucional brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, p. 169 e ss.
4. René David ensina que “o posto que se atribui, nos Direitos da família romano-germânica, às decisões judiciais entre as fontes do Direito opõe aqueles aos países do ‘Common Law’”, e conclui: “Somente se pode determinar a importância da jurisprudência dos países da família romano-germânica, se a considerarmos em sua relação com a lei. Dada a propensão que mostram atualmente os juristas de todos esses países a fundamentar todas as suas soluções em um texto legal, o papel criador da jurisprudência fica sempre, ou quase sempre, dissimulado sob a aparência de um interpretação da lei” (DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos (derecho comparado)*. Tradução da 2.^a edição francesa por Pedro Bravo Gala. Madri: Aguilar, 1969. p. 100 e ss.). (Traduzi.)
5. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: garantia da constituição e controle da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 94. t. 1.
6. SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1995. p. 284. (Traduzi.)
7. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 3, p. 88. (Grifos do autor.)
8. Cf. JACQUES, Paulino. O Senado como poder moderador. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, p. 75. (A grafia e os grifos dos vocábulos são do autor.)
9. Os dois Sênecas foram assim chamados pela mesma razão. Cf. TORRINHA, Francisco. *Dicionário latino-português*. 7. ed. 5.^a tiragem. Porto: Gráficos Reunidos, 1998. p. 786. verbetes *senatus* e *Seneca*.
10. Cf. BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: de senectute e outros escritos autobiográficos*. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 20.
11. Na federação brasileira, a idade mínima de 35 anos é condição de elegibilidade para senador (Constituição Federal, artigo 14, § 3.º, inciso VI, alínea a).
12. Cf. Artigo Quinto (*in fine*) da Constituição dos Estados Unidos da América.
13. TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Filosofia do direito*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. t. 2, p. 266.
14. Sobre a divisão da doutrina e a jurisprudência do Supremo, ver: VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 54 e ss. Ver tb.: MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 581 e ss. Anteriormente, ainda enquanto senador, Paulo Brossard arrolou diversas manifestações da doutrina, bem como de ministros do Supremo Tribunal Federal, em favor ou em contrário da discricionariedade, concluindo ele próprio pela discricção do Senado. Afirma –

reiterando o Ministro Pedro Chaves – que o Senado não é mero cartório de registro de atos do Supremo. (Cf. BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, p. 55 e ss.)

15. A expressão *erga omnes* não se refere apenas a *todas as partes* eventual ou atualmente litigantes em juízo, mas a *todas as pessoas* sujeitas à soberania do Estado que decide e generaliza a inconstitucionalidade, alcançando mesmo todos os autores e aplicadores da lei declarada inconstitucional. Não significa apenas *erga omnes partes*, mas sim *erga omnes personas*. Donde, não ser preciso dar ao efeito *erga omnes* uma *eficácia vinculante* que ele já tem de per si, exceto por necessidade política de reforçar normativamente o que já é inerente naturalmente. Essa motivação política é a inspiradora de dispositivos rebarbativos, que buscam garantir generalidade à eficácia geral. Tais como o § 2.º acrescido ao artigo 102 da Constituição Federal pela Emenda 3, de 17 de março de 1993, ou o parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

16. Cf. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 145. (O grifo é do autor.) Na edição de 1949 o texto citado menciona o artigo 64 da Constituição de 1946. Na edição de 1968 refere-se ao inciso IV do artigo 45 da Constituição de 1967. Corresponde ao inciso X do artigo 52 da Constituição de 1988.

17. Por exemplo, em um acórdão (Ac. 3.942-86 no DJ de 13/2/87) da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, lê-se: “O objetivo da suspensão, pelo Senado, é apenas tornar pública decisão do Tribunal, levando-a a conhecimento de todos os cidadãos”.

18. Sobre a lógica do sistema difuso e a do sistema concentrado, ver: BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*, p. 599 (item 3) e p. 607 (item 8).

19. SIDOU, J. M. Othon. “*Habeas corpus*”, *mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, ação popular – As garantias ativas dos direitos coletivos*. 5. ed. 2.ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 141.

20. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 11.

21. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 390 e ss.

22. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 376 e ss.

23. Reitere-se: este nó consistiu em precipitar sobre o controle concentrado um princípio próprio do controle difuso: a *eficácia declaratória ex tunc*. Ainda resiste à desamarra. Daí o qualificativo: *górdio*.

24. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 294.

25. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. cit. p. 3 e ss.

26. BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, p. 63.

27. BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, p. 57 e ss.

28. TAVARES, André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 434.

29. O preceito do Senado que suspende a execução da lei inconstitucional é um ótimo exemplo de *preceito fundamental decorrente da Constituição*. Não são equiparáveis, nem muito menos confundíveis, os conceitos de *preceito fundamental* e de *preceito fundamental decorrente da Constituição*, pois – é óbvio – este decorre da Constituição, ao passo que aquele pode constar da Constituição. O que consta não decorre, uma vez que não está fora, mas dentro de sua própria origem. Nem todo preceito fundamental é decorrente da Constituição, porque há os que não decorrem, mas constam da Constituição. Assim, a Lei 9.882/99 – quando desde sua ementa suprimiu a expressão *decorrente da Constituição* para falar apenas *preceito*

fundamental, incluindo preceitos constantes do texto constitucional – amputou o conceito fixado pelo Constituinte, ferindo gravemente os termos do § 1.º do artigo 102 da Constituição, que pretendeu regular, mas que só fez violar, tanto neste quanto noutros pontos, conforme já demonstrei (cf. BARROS, Sérgio Resende de. O nó górdio do sistema misto. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*: análises à luz do Lei n. 9.882/99, p. 180 e ss.).

30. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 295.

31. Cf. BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. 1968.

p. 97-98. Apud BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, p. 59.

32. KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1981. p. 303. (Traduzi.)

33. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 41.

34. Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 582.

35. Cf. MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 138.

36. Cf. RTJ 38/5, 38/569 e 39/628.